

CAPÍTULO OCTAVO

TEST DE PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

Si en el test de progresividad se sometieron a prueba una serie de decisiones para mirar si efectivamente se cumple con el avance progresivo del goce de derechos, lo que se mira en el test de no regresión es que una determinada actividad del Estado no sea contraria a los avances previamente logrados o al contenido esencial del derecho: volvemos, de alguna manera, al ámbito de las restricciones.

Mientras que por el principio de progresividad el Estado se obliga a tomar acciones para garantizar, proteger y promover los derechos; bajo el principio de no regresión el Estado se obliga a ser omiso en relación con medidas contrarias al avance logrado en los derechos, a ser omiso en medidas regresivas. La expectativa en la progresividad es de acción, la expectativa en la no regresión es de omisión. Por ende, cuando se rompe esta omisión y se realizan actividades que pueden ser regresivas, el objetivo del test es mirar si efectivamente estamos frente a una regresión y, en todo caso, si se encuentra justificada.

De acuerdo con Serrano y Vázquez (2013), el principio de no regresión debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Como observa la corte colombiana en su sentencia C-503/14, podemos estar frente a actos regresivos cuando se disminuyen o desvían sensiblemente los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho; cuando se aumenta significati-

vamente el costo para acceder a un servicio necesario para garantizar un derecho, especialmente para las personas de escasos recursos, o cuando se incrementan los requisitos para la satisfacción del respectivo derecho.⁴⁰

II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Para determinar las categorías que integran el test, miraremos tres casos —dos de la CCC y uno de la SCJN— y recuperaremos algunos aspectos generales elaborados por el Comité DESC y por estudiosos de los derechos humanos.

El primer caso es la sentencia C-503/14 emitida por la corte colombiana. En ella, el demandante considera que la Ley 1276 supone una regresión a los DESC de las personas adultas mayores. En específico, en su artículo 3o. la ley modifica la distribución del valor recaudado por un impuesto, asignando un 30% para los Centros de Bienestar del Anciano y un 70% para los Centros de Vida. El demandante afirma que esta medida es regresiva, porque en los primeros pernoctan: *a*) quienes carecen de un núcleo familiar; *b*) no tienen vivienda propia o capacidad de pago para pagar un arriendo y tener una alimentación; *c*) tienen sus capacidades físicas y mentales disminuidas; *d*) habitan en situación de calle, o *e*) reciben discriminación y maltrato por parte de sus familiares. En cambio, en los Centros de Vida asisten adultos mayores que: *a*) gozan de un núcleo familiar; *b*) poseen una vivienda o habitan en la de sus familiares y estos les proporcionan una alimentación diaria; *c*) gozan de ciertos niveles de salud mental y física, y *d*) no habitan en situación de calle.

Por ende, afirma el demandante, el otorgamiento de una mayor proporción del impuesto recaudado a los Centros de Vida y

⁴⁰ En realidad la CCC presenta estos ejemplos como parte de la progresividad, pero su contenido claramente está vinculado con la prohibición de la regresión. La distinción de ejemplos de este tipo hace evidente la necesidad de construir de forma más fina y diferenciada estos dos principios.

menor a los Centros de Bienestar del Anciano supone una regresión presupuestaria para hacer efectivos los derechos de las personas adultas mayores.

Para resolver el caso, la corte colombiana genera una metodología de test de prohibición de regresión. Antes del test, la corte observa que las medidas que podrían ser regresivas deben sujetarse a un escrutinio más estricto —hecho que también ha determinado el Comité DESC en la observación general núm. 3— que otras decisiones.

El test de prohibición de regresión utilizado por la CCC se integra por tres componentes: el estudio de la posible regresión, el examen de la afectación de los contenidos esenciales del derecho y el análisis de la justificación.

Así, el test inicia mirando si estamos efectivamente frente a una regresión. La regresividad, explica la CCC, implica que la disposición demandada modifica las condiciones normativas que le preexisten por alguna de las siguientes razones:

- Reduce el radio de protección de un derecho social.
- Disminuye los recursos públicos invertidos en su satisfacción.
- Aumenta el costo para acceder al derecho.
- Retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho.

Para poder saber si estamos frente a una regresión, se debe realizar una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir —sigue la corte—, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de la evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente. Sólo si la medida es efectivamente regresiva, tiene sentido continuar con el resto de los pasos del test.

El segundo paso supone analizar si la regresión vulnera los contenidos esenciales del derecho en cuestión. Si bien la propia corte colombiana da cuenta que no existen reglas generales para

determinar el contenido esencial de un derecho y mirar su vulneración, por lo que este análisis se debe hacer caso por caso, aquí se puede utilizar el test que hemos diseñado en el acápite correspondiente al núcleo del derecho, en particular a las dos preguntas para identificar el núcleo del derecho:

- ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
- ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?

Finalmente, toca ceder la palabra a las autoridades correspondientes para que demuestren que existen razones suficientes que hacen necesario ese paso regresivo. Y además que las medidas son idóneas, necesarias y proporcionales. Como puede inmediatamente observarse, todas las referencias y categorías elaboradas en el test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción aplicarán en este tercer paso del test.

Dentro de las particularidades en el análisis de la justificación cuando se trata de una regresión, además de todos los elementos propios de la restricción de derechos, la corte colombiana mencionó estos puntos en su sentencia:

- a) Que las razones dadas como objetivo legítimo para la restricción hayan sido expresamente discutidas durante la toma de decisión.
- b) Que la medida regresiva haya sido adoptada luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados. En realidad esta es la categoría de “necesidad” que se analiza en el test de restricción, el punto extra es que en la discusión inherente a la adopción de la medida, este análisis sea expreso.
- c) Que la medida regresiva promueva la realización de otros derechos fundamentales. Esta categoría proviene de la la

Observación General núm. 3 adoptada por el Comité del PIDESC donde se establece que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos nacionales (apartado 9) e internacionales (apartado 13) de que se disponga y protegiendo a los miembros vulnerables de la sociedad (apartado 12).

Esta categoría también es recuperada por Abramovich y Courtis (2004: 109-110), quienes —recuperando las observaciones generales 3, punto 9; 13, punto 45, y 14, punto 32, del Comité DESC— consideran que para determinar que una medida regresiva es justificada, el Estado debe probar que: *a*) la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de DESC, y *b*) que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto.

Detengámonos por un momento en la justificación de una regresión, porque aquí estará mucho del análisis que debemos hacer frente a medidas que podrían considerarse regresivas. Ya dijimos que para analizar la justificación de la regresión hay que recuperar muchas de las categorías del test de restricción. Recién señalamos tres categorías específicas para analizar la regresión que utiliza la CCC que, pese a que se acercan mucho a las categorías de restricción, tienen una lógica propia.

En relación con las justificaciones a las restricciones que se basen en la falta de recursos, el Comité DESC emitió una evaluación de la obligación de tomar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles en 2007, y dedicó el punto precisamente a aquellas medidas regresivas que se justifican por limitación de recursos. Así, si la justificación del Estado en cuestión para adop-

tar una medida regresiva es la falta o disminución de recursos, se debe considerar:

- El nivel de desarrollo del Estado en cuestión.
- La severidad de la supuesta violación, en particular, la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el Pacto.
- La situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si está experimentado un periodo de recesión económica.
- La existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone.
- Si el Estado trató de encontrar opciones de menor costo.
- Si el Estado recabó cooperación y asistencia internacional o rechazó ofertas de recursos de la comunidad internacional sin que haya una razón suficiente.

Regresemos a la sentencia C-503/14. En el caso concreto no se aplicó el test en su totalidad ya que la corte decidió que no se encontraban frente a una medida regresiva. De acuerdo con la CCC, lo que el legislador buscó con la expedición de la Ley 1276 de 2009 fue adoptar un nuevo esquema de atención al adulto mayor no circunscrito a la satisfacción de sus necesidades básicas, sino bajo un concepto de cuidado integral de la vejez, a través de los denominados Centros Vida. Por ende —sigue la corte—, lejos de estar frente a una regresión, se adopta un nuevo paradigma de atención integral a los adultos mayores.

El segundo caso es el C-372/11 también de la corte colombiana. Este caso es interesante porque analiza la prohibición de regresión en un derecho civil: el derecho de acceso a la justicia. La litis es el aumento de la cuantía para poder recurrir al juicio de casación en la jurisdicción laboral. A diferencia del caso C-503/14, la corte no recuperó explícitamente este test (porque de hecho, la primer sentencia donde condensó el test data de

2012 —C-536/12—, es decir, un año antes de este caso, a la par que es hasta 2014 con la sentencia que revisamos que el test se consolida), pero sí siguió dos de los pasos: la verificación sobre si se estaba frente a una regresión y si la regresión se justificaba.

Para mirar si se encontraban frente a una regresión, la corte observó que previo a la demanda habían existido otros dos incrementos sustanciales a la cuantía de la casación de jurisdicción laboral: el primero en 1989 cuando la cuantía pasó de 50 a 100 salarios mínimos, y el segundo en 2001, en el que la cuantía se elevó de 100 a 120 salarios mínimos. Finalmente, el último incremento frente al que se interpuso la demanda fue del 83%. Así, la propia CCC estima que entre 1989 y el 2011 se tuvo un incremento del 340% de salarios mínimos en la cuantía para acceder al recurso de casación en materia laboral.

Además, la corte dio cuenta de que una cantidad relevante de trabajadores devengaban menos de dos salarios mínimos. Las cifras que la propia corte da —a partir de informes solicitados— son: en 2010 el 53.9% de la población ocupada gana menos de un salario mínimo; el 6.6% llegan a un salario mínimo, y el ingreso promedio de la población es de menos de dos salarios mínimos.

La consecuencia es que un importante número de fallos de instancia ya no pueden ser objeto de control por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es decir —sigue la corte—, nos encontramos frente a una restricción paulatina de la posibilidad de que los trabajadores puedan cuestionar las decisiones de instancia por medio de un recurso de casación.

Luego de observar que efectivamente se estaba frente a una regresión, tocó el turno a mirar si ésta era justificada. Para ello observó que el objetivo buscado podría ser legítimo (disminuir la carga de casos laborales en la sede de casación y agilizar los procesos) e incluso adecuado, pero no era proporcional. Además, la CCC promovió desde este caso el uso de los criterios específicos de la regresión (que no se observan en la restricción) y que se consolidaron en la sentencia de 2014:

- No se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales.
- La medida no fue acompañada de ninguna justificación de porqué una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial.

Finalmente, el tercer caso que vale la pena recuperar en la elaboración de las categorías de este test es el 501/2014 ante la SCJN. Al igual que en el caso anterior de la CCC, lo que se analiza aquí es un derecho civil: el derecho de acceso a la justicia. El demandante argumenta que la disposición reclamada vulnera el principio de progresividad en materia del medio ambiente, ya que obstaculiza el ejercicio de las acciones por daño ambiental. Mientras que el Código Federal de Procedimientos Civiles establece que las organizaciones civiles que ejerzan una acción deben haber estado constituidas un año antes de la presentación de la demanda; la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental aumenta el plazo a tres años y además exige que las organizaciones civiles deban estar representadas por alguno de los habitantes de las comunidades adyacentes, hecho que no es señalado por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

La SCJN centra su análisis para determinar el sentido de la norma en si existe una justificación en la regresión. Así, para esta corte, el legislador no demostró la razonabilidad de la restricción impuesta a una acción creada para la protección al medio ambiente.

III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Recordemos que este test tiene dos funciones: observar si estamos frente a una regresión, y —en caso positivo— verificar si ésta es justificada. Estas son las categorías que integran el test:

Cuadro 13

Categorías que integran el test de prohibición de regresión

- 1) ¿Estamos frente a una regresión?
 - a) ¿Cuál era el estándar previo a la decisión (legislativa o administrativa) que se analiza?
 - b) ¿Se observa una reducción del radio de protección, disminución de los recursos públicos, aumento del costo para acceder al derecho, o retroceso, por cualquier vía, del nivel de satisfacción del derecho?

En caso positivo del punto 1, podemos avanzar en el siguiente punto:

- 2) ¿Las razones de la regresión se encuentran debidamente justificadas?
 - a) Principio de legalidad.
 - b) Legitimidad (constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
 - c) Necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
 - d) Racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
 - e) Necesidad.
 - f) Proporcionalidad en sentido estricto:
 - i) Valor en abstracto.
 - ii) Intensidad de la restricción (valor en concreto).
 - iii) Seguridad de las premisas empíricas.
 - g) Que la restricción no lleve a la anulación del derecho (conservar el contenido esencial del derecho).
 - h) Que las razones dadas como objetivo legítimo para la restricción hayan sido expresamente discutidas durante la toma de decisión.
 - i) Que en la discusión inherente a la adopción de la medida, el análisis de necesidad haya sido expreso
- 3) ¿Que la medida regresiva promueva la realización de otros derechos fundamentales?
 - a) ¿A quién se perjudica con la medida?
 - b) ¿A quién se beneficia con la medida?

- 4) Si en específico la justificación se sustenta en limitaciones de recursos:
- a) ¿Cuál es el nivel de desarrollo del Estado?
 - b) ¿Cuál es la severidad de la regresión, en particular, la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el Pacto?
 - c) ¿Cuál es la situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si está experimentado un periodo de recesión económica?
 - d) ¿Existen otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone?
 - e) ¿El Estado trató de encontrar opciones de menor costo?
 - f) ¿El Estado recabó cooperación y asistencia internacional o rechazó ofertas de recursos de la comunidad internacional?